

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL**  
**UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA**  
**CURSO DE DIREITO**

**Rumena Sales Andrade de Alencar**

**COLETA DE DADOS GENÉTICOS PARA IDENTIFICAÇÃO**  
**CRIMINAL: breve estudo sobre a constitucionalidade da Lei nº 12.654 de**  
**2012**

**Paranaíba, MS**  
**2016**

**RUMENA SALES ANDRADE DE ALENCAR**

**COLETA DE DADOS GENÉTICOS PARA IDENTIFICAÇÃO  
CRIMINAL: breve estudo sobre a constitucionalidade da Lei nº 12.654 de  
2012**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, unidade de Paranaíba, como exigência parcial para bacharelado do curso de Direito, no período matutino, sob orientação do Professor Mestre Rodrigo Cogo.

**PARANAÍBA/MS**

**2016**

**RUMENA SALES ANDRADE DE ALENCAR**

**COLETA DE DADOS GENÉTICOS PARA IDENTIFICAÇÃO  
CRIMINAL: breve estudo sobre a constitucionalidade da Lei nº 12.654 de  
2012**

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em ...../...../.....

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Me. Rodrigo Cogo (Orientador)  
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

---

Prof. Esp. Roberto Carlos Oliveira Júnior

---

Prof. Dr. Isael José Santana  
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Àquela que me deu a vida  
e tudo aquilo que sou hoje,  
muito obrigada, Mãe!

## AGRADECIMENTOS

Previamente quero agradecer a Deus por me oferecer a oportunidade de cursar uma faculdade e poder concluí-la, transpassando todos os obstáculos que surgiram no meio do caminho até o fim!

Agradeço a minha mãe, Moema dos Santos, pois sem ela não seria nada do que sou hoje. Agradeço todo o apoio, dedicação, discussões, teimosias, noites mal dormidas, depósitos bancários, sermões e todo amor que sempre me deu demonstrado em pequenas e em grandes atitudes. O meu muito obrigado, mãe, serei grata eternamente, te amo!

Agradeço ao meu Pai, Rui Alves Andrade, que mesmo de longe sempre me dá apoio emocional, o qual eu sempre recorri nas piores horas e sempre estive lá, mesmo que eu faltasse tanto com ele. Obrigada, pai!

Agradeço aos meus irmãos, que mesmo longe fazem diferença na minha vida. E em especial, ao meu irmão Gabriel, que mesmo me tirando a paciência inúmeras vezes, eu o amo muito e estará sempre ao meu lado!

Agradeço ao meu orientador, Rodrigo Cogo, por toda paciência que teve do início ao fim, de toda orientação e norte que me deu para concluir um trabalho tão relevante em minha vida. E pela compreensão que teve nesses últimos dias tão corridos, muito obrigada, Professor!

Agradeço aos meus professores, a todos aqueles que fizeram parte do meu conhecimento, desde o primeiro ano de faculdade até o quinto. Em especial, ao professor Robertinho e Isael, que estarão presentes na minha banca, o meu muito obrigado!

Agradeço aos meus amigos do HARAS, Luísa, Halissa, Matheus, Mileny, Raiane, por estarem sempre e sempre comigo, por terem paciência, carinho e todo amor, muito obrigada!

Agradeço as minhas ADVOGATAS, Madu, Monique, Isadora, Ivana, Aylana que mesmo com tantas diferenças estão juntinhas até hoje e são tão importantes em minha vida!

Agradeço ao meu namorado Lincon, que por inúmeras vezes me tirou a paciência, mas acima de tudo esteve ao meu lado quando precisei me dando atenção, carinho e comida.

Por fim, e não menos importante, aos meus amigos que conquistei ao longo dessa jornada, muito obrigada pela paciência que tiveram comigo, pelo apoio, por serem minha segunda família, levarei vocês pela eternidade. E agradeço àqueles que não estão mais presente no meu cotidiano, mas também fizeram parte do meu crescimento.

Cada pessoa é aquilo que crê, fala do que gosta, retém o que procura,  
ensina o que aprende; tem o que dá e vale o que faz.

Chico Xavier.

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso apresenta debate doutrinário acerca da possível recepção constitucional da Lei 12.654/2012 alteradora das leis 12.037/2009 (Lei de Identificação Criminal) e 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). O diploma legal, cerne deste estudo, dispõe sobre o novo tipo de identificação criminal, por meio da coleta obrigatória de material genético para aqueles que cometeram crimes, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa e previstos na Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos). A pesquisa, de natureza bibliográfica, amparada nas lições de Renato Brasileiro de Lima, Aury Lopes Jr., Luigi Ferrajoli, dentre outros, tem por finalidade inicial expor os meios de provas admitidos pelo Processo Penal brasileiro, mais detidamente em sua modalidade pericial – onde se encaixa o chamado perfil genético do criminoso, realizando correlação entre tal ferramenta, suas disposições legal e os princípios fundamentais esculpidos na Constituição Federal no intento de atestar sua adequada aplicabilidade no âmbito da justiça brasileira. Frisa-se que inúmeros juristas se manifestam a respeito do tema, com posições favoráveis e contrárias à identificação genética, e, nesta direção o estudo versa sobre os pontos principais deste instituto para que seja entendido o funcionamento do banco de dados e quais os requisitos para esse tipo de identificação. Por fim, a investigação pretende, longe de esgotar o assunto, contribuir para o conhecimento dos dispositivos contidos na Lei 12.654/2012 no afã de aclarar questões ainda desconhecidas ou controversas, expondo quais mandamentos nela contidos necessitam de uma evolução do Sistema Processual Penal para sua total eficácia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Provas. Lei 12.654/2012. Identificação Criminal. Recepção Constitucional. Princípios Fundamentais.

## **ABSTRACT**

This course conclusion work presents doctrinal debate about the possible constitutional reception of Law 12.654 / 2012 altering the laws 12.037/2009 (Criminal Identification Law) and 7.210/1984 (Penal Execution Law). The statute, core of this study, asserts about the new type of criminal identification, through the compulsory collection of genetic material for those who have committed crimes, intentionally, with serious kind of violence against person and provided for in Law 8.072 / 90 (Heinous crimes Law). The research, bibliographic kind, based on the lessons from Renato Brasileiro de Lima, Aury Lopes Jr., Luigi Ferrajoli, among others, has for initial objective to expose the means of evidence admitted by the Brazilian Penal Process, more closely in their expert mode - where fits the so-called genetic criminal profile, performing correlation between this tool, its statutory provisions and the fundamental principles carved in the Federal Constitution in an attempt to assure its proper applicability within the Brazilian justice. It stresses that several lawyers manifest on the subject with favorable and contrary positions to genetic identification, and in this direction the study utters about the main points of this institute for the operation of the database to be understood and what are the requirements for this type of identification. Finally, the research aims, far from exhausting the subject, contribute to the knowledge of the devices contained in Law 12.654 / 2012 in the effort to clarify matters yet unknown or controversial, exposing what commandments contained therein are in need of an evolution of the Criminal Procedure System for its overall effectiveness.

**KEY WORDS:** Evidence. Law 12,654 / 2012. Criminal Identification. Reception  
Constitutional. Fundamental principles.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>1 AS PROVAS NO CONTEXTO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO</b> .....	13
<b>1.1 Conceito</b> .....	13
<b>1.2 Objeto</b> .....	13
<b>1.3 Previsão Legal no Código de Processo Penal</b> .....	14
<b>1.4 Classificação</b> .....	16
<b>1.5 Espécies de Prova</b> .....	17
1.5.1 Prova pericial .....	17
1.5.1.1 <i>Corpo de Delito</i> .....	17
1.5.1.2 <i>Laudo Pericial e Contraditório</i> .....	18
1.5.1.3 <i>Peritos oficiais, não oficiais e assistentes técnicos</i> .....	19
1.5.1.4 <i>Tipos de perícias</i> .....	20
1.5.1.5 <i>Questão Genética</i> .....	21
1.5.2 Interrogatório Judicial .....	21
1.5.2.1 <i>Natureza Jurídica</i> .....	21
1.5.2.2 <i>Momento do interrogatório, Foro Competente e sua Ausência</i> .....	22
1.5.2.3 <i>Características do interrogatório e o local da realização</i> .....	22
1.5.2.4 <i>Interrogatório por videoconferência</i> .....	23
1.5.3 Confissão.....	23
1.5.4 Declaração do Ofendido .....	24
1.5.5 Prova Testemunhal.....	24
1.5.6 Reconhecimento de pessoas e coisas .....	26
1.5.7 Acareação.....	26
1.5.8 Prova Documental.....	27
1.5.9 Indícios.....	27
1.5.10 Busca e Apreensão.....	28
1.5.11 Interceptação Telefônica.....	28
1.5.12 Delação premiada.....	29
<b>2 A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS</b> .....	31

<b>2.2 A Questão Genética</b> .....	32
2.2.1 Origem Estrangeira .....	32
2.2.2 A Persecução Criminal.....	32
2.2.3 Identificação Criminal Genética .....	33
<b>2.3 Os Princípios Fundamentais</b> .....	36
2.3.1 Direito à Ampla Defesa e ao Contraditório.....	37
2.3.2 Presunção de Inocência.....	39
2.3.3 Direito de não Produzir prova contra si mesmo ( <i>Nemo tenetur se detegere</i> ) .....	40
<b>3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.654/12</b> .....	42
<b>3.2 Posicionamentos favoráveis</b> .....	42
<b>3.3 Posicionamentos Contrários</b> .....	45
<b>CONCLUSÃO</b> .....	50
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	51

## INTRODUÇÃO

A Lei 12.654/2012 dispõe sobre a coleta do material genético (DNA) como meio de prova e o armazenamento desses registros em um banco de dados de perfis genéticos para aqueles indivíduos que cometeram crimes graves ou hediondos. Essa coleta será feita no momento da investigação ou após o trânsito em julgado, a qual servirá como uma forma de identificação criminal ou até mais para julgamentos de delitos futuros.

O desígnio do trabalho é questionar a dubiedade que referida lei nos traz em relação a sua constitucionalidade. Inúmeros juristas confrontaram tal lei por acreditar que fere as garantias fundamentais elencadas no art. 5º da Constituição Federal, como também tratados internacionais (Convenção Americana sobre Direitos Humanos e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) e ainda os princípios processuais penais. Todavia, para outros juristas a lei é totalmente constitucional e representa um grande avanço para o Sistema Penal Brasileiro.

Destarte, intenta-se entender a polêmica instaurada com o advento da Lei 12.654/2012, a fim de ampliar a discussão acerca da obrigatoriedade que é aplicada e até que ponto isso seria legal mediante os princípios da presunção de inocência, o direito de não produzir prova contra si mesmo, o direito a ampla defesa e o contraditório.

Justifica-se o estudo em tela pela sua atualidade, evolução e incertezas que a lei carrega. Portanto, será explanado em seu bojo como acontecerá a persecução criminal a partir dessa inovação, as mudanças que acarretará na investigação, no julgamento, no valor probatório e na condenação. Ademais, será objeto de estudo a provável inconstitucionalidade que paira sobre o tema.

Como está especificado na norma, há obrigatoriedade da coleta de material genético para os sujeitos que cometeram os crimes de natureza grave e hediondos, logo não há dúvidas sobre sua compulsoriedade, e somado a isso existe o fato de que os registros ficariam armazenados para sempre no banco de dados, já que poderão ser usados em crimes futuros. Contudo, essa obrigatoriedade não cessa somente nesse tipo de infração, pode ser prevista através de autorização judicial quando suceder alguns pressupostos, ou seja, além de ser inconstitucional na letra da lei, o procedimento poderá também ser empregado a outros casos, o que gera ainda maiores preocupações.

Destarte, o trabalho, por intermédio de pesquisa bibliográfica, tem o intuito de, por meio do método dedutivo-indutivo, coordenar as convicções e demonstrar novos argumentos para que sejam alcançados os seus objetivos.

Assim, a investigação abrangerá no primeiro capítulo as provas no contexto do processo penal brasileiro, especificando a sua classificação, previsão legal e suas espécies. Em seguida, o segundo capítulo versará sobre a questão genética, a persecução criminal, a identificação criminal por meio do material genético, e será feita exposição detida acerca dos princípios constitucionais que são atingidos diretamente com o surgimento da lei 12.654/2012. No terceiro capítulo serão destacados os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis e desfavoráveis à aplicação de referida lei.

## 1 AS PROVAS NO CONTEXTO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

### 1.1 Conceito

*Prova* advém da etimologia *probo* (do latim, *probatio e probus*), ela tem algumas variações que transmitem a ideia de comprovação, evidência, afirmação, inspeção. O verbo que deriva dela é um dos meios utilizados pelo Direito, não só no Processo Penal Brasileiro, mas também em todas suas áreas. Para Alonso (apud LOPES JR., 2014, p.391) ‘‘o conceito de prova está vinculado ao de atividade encaminhada a conseguir o convencimento psicológico do juiz’’.

A reconstrução do fato histórico é fundamental para a concepção do Juiz para um julgamento justo, pois o mesmo desconhece os fatos, assim será por meio de provas que o mesmo exercerá sua atividade recognitiva, como cita Coutinho (apud LOPES JR., 2014, p.155), ‘‘a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber dá-se a missão de dizer o direito no caso concreto’’. Isso decorre do paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário.

Existem três tipos de acepções da palavra prova, para Lima (2013, p.555), são elas:

- 1) prova como atividade probatória: são as atividades de verificação e demonstração, afim de obter uma verdade. Assim, pode-se dizer que provas são os meios e atos praticados no processo.
- 2) Prova como resultado: são os fatos ocorridos na época do crime, de acordo com eles o Juiz formulará uma verdade, o qual questionará sua veracidade e relevância.
- 3) Prova como meio: são os meios habilitados para constituição da acepção do órgão julgador em relação a situação ocorrida.

Em resumo, cita Lopes Jr (2014, p. 391) que ‘‘o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença’’.

### 1.2 Objeto

O objeto da prova é visto como os fatos, pois por meio deles é possível encontrar a realidade. Porém, para Lima (2013, p. 566), ‘‘o objeto da prova não são os fatos, pois jamais será possível atingir a reconstrução integral do que efetivamente ocorreu.

Em realidade, o objeto da prova é a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo.

Segundo Lima (2013) os objetos de prova são divididos em: a) imputação constante da peça acusatória- quando o órgão ministerial imputa determinado delito e o mesmo deve ser provado; b) costumes- práticas diárias; c) regulamentos e portarias- deve ser comprovada a existência de regulamentos e portarias; d) direito estrangeiro, estadual e municipal- o juiz deve ter conhecimento da legislação estadual e municipal; e) fatos não contestados ou incontrovertidos- difere-se do processo civil.

Contudo, há afirmações que independem de provas, sendo assim não serão objetos de prova, os quais são eles: fatos notórios, fatos axiomáticos ou intuitivos, fatos inúteis ou irrelevantes, presunções legais, presunções absolutas ou *iuris et de iure*, presunções relativas ou *iuris tantum* (LIMA, 2013).

Para Lopes Jr. (2014), existe uma “verdade” que é discutida e buscada durante o processo, contudo essa “verdade real” utilizava-se de meio desqualificados para alcançá-la (como torturas), sendo assim, ocorria o contrário do previsto, uma “inverdade” era descoberta, fazendo com que o legislador tivesse outro entendimento.

Ferrajoli cita que:

[...] que a *verdade substancial*, ao ser perseguida fora das regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera o juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognoscitivíssimo ético sobre o qual se embasa o substancialíssimo penal, e resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal (apud LOPES JR., 2014, p.409)

Assim, Lopes Jr. (2013, p.410) conclui que:

Dentro do processo penal só se legitimaria uma verdade formal ou processual. Tratase de uma verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes.

### **1.3 Previsão Legal no Código de Processo Penal**

Os dispositivos que versam sobre as provas estão elencados no Código de Processo Penal (CPP), no Título VII - Da Prova, do artigo 155 a 250, distribuído entre dez capítulos, expostos a seguir.

No capítulo I (art. 155 ao art.157) encontram-se as disposições gerais acerca da prova, que delimita quem solicitará a prova, quem era apreciá-la, dentre outros quesitos. No capítulo II (art.

158 ao art. 184) consta-se do exame de corpo de delito, e das perícias em geral, o qual abrange a forma que será executada a perícia, por quem, em quais casos serão necessários, a necessidade de um assistente técnico, o requerimento da oitiva dos peritos, dentre outros. No capítulo III (art. 185 ao art. 196), trata-se do interrogatório do acusado, que versa por quem será feito o interrogatório, em quais condições, como realizar o interrogatório quando for mais de um acusado, do direito de permanecer-se em silêncio, etc. No capítulo IV (art. 197 ao art. 200) dedica-se a confissão, o qual demonstra qual o valor se a mesma for feita e suas consequências, de acordo com o momento em que for realizada e também poderá ser divisível e retratável. No capítulo V (art. 201) abordam sobre o ofendido, informando qual será o momento que o mesmo será indagado sobre as circunstâncias que ocorreram os supostos delitos. No capítulo VI (art. 202 ao 225) tratam das testemunhas, elencando que todos poderão ser testemunhas (salvo as exceções), sob quais leis serão sub-rogadas, o que acontecerá caso tenha ausência, entre outros quesitos. No capítulo VII (art. 226 ao 228) constam do reconhecimento de pessoas e coisas, quando necessário será feito por meio dos requisitos estabelecidos, como colocar frente a frente a pessoa que deve ser reconhecida e a que reconhecerá, da mesma forma os objetos. No capítulo VIII (art. 229 e 230) abordam a acareação, a qual será feita sobre o acusado, o acusado e a testemunha, entre as testemunhas, entre a pessoa ofendida e a testemunha, entre as pessoas ofendidas, com o intuito de desvendar a verdade. No capítulo IX (art. 231 ao 238) dedicam-se aos documentos, quando poderão ser apresentados no processo, que tipo de documento é considerado, entre outros quesitos. No capítulo X (art. 239) trata dos indícios, são as circunstâncias verdadeiras que têm relação com o fato. No capítulo XI (art. 240 ao 250) encontram-se os dispositivos acerca da busca e apreensão, está relacionado o local que poderá ocorrer, as circunstâncias, quem determinará, qual autoridade tem competência, entre outros.

Vale ressaltar a distinção entre provas e elementos informativos. A partir da Lei 11.690/08 o art. 155 do CPP foi alterado. A prova refere-se aos elementos convictos elencados durante o processo judicial, em seguida a dialética das partes poderá ser usada de acordo com o contraditório e a ampla defesa. Já os elementos informativos são obtidos na fase investigatória, a qual não há participação dialética das partes, assim prevalece para os Tribunais que esses elementos não poderão ser utilizados para determinar uma sentença condenatória, afinal não são observados o contraditório e a ampla defesa. Contudo, pode ser usado como ‘‘complemento’’ da prova, como proferiu 2º Turma do STF, ‘‘os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo.’’

## 1.4 Classificação

Em conformidade com os ensinamentos de Lima (2013) e Lopes Jr (2014) as provas são classificadas em:

- 1) Prova Direta: o fato está delimitado em uma única operação inferencial. Como quando a testemunha presencia os disparos da arma de fogo contra a vítima, é possível concluir, com um único raciocínio, que o acusado é o autor das lesões produzidas.
- 2) Prova Indireta: para alcançar uma conclusão acerca do fato a provar, o juiz se vê obrigado a realizar pelo menos duas operações inferenciais. A partir da prova indireta chegase a conclusão de ocorrência de um fato, que ainda não é o fato a ser provado. O álibi também é uma prova indireta.
- 3) Prova Nominada: estão previstas no CPP ou em legislação específica, tais como prova testemunhal, documental, acareações, reconhecimentos, interceptações telefônicas etc. 4) Prova Inominada: esse tipo de prova foge a regra, sendo assim, é excepcional sua utilização. Lopes Jr. (2014, p. 421) resume que “podem ser admitidas provas atípicas ou inominadas, desde que não constituam subversão da forma estabelecida para uma prova nominada, e, ainda, guardem estrita conformidade com as regras constitucionais e processuais atinentes à prova penal”. Além disso, o autor acrescenta que, “não pode ser admitida uma prova “disfarçada” de inominada quando na realidade ela decorre de uma variação (ilícita) de outro ato estabelecido na lei processual penal, cujas garantias não foram observadas”.
- 5) Prova Lícita: são as provas admissíveis, no processo, obtidas por meio lícito.
- 6) Prova Ilícita: são provas que violam a regra de direito material (penal ou constitucional). O art. 5º, incisos III, X, XI, XII, XLIX elencam os direitos que os indivíduos têm, e se caso, forem feridos para conseguir uma prova, a mesma será considerada ilícita. Esse tipo de prova normalmente é colhida no momento anterior ou concomitante, porém sempre externo a ele.
- 7) Prova Ilegítima: são as provas obtidas mediante violação à norma do direito processual.
- 8) Prova Emprestada: são as provas obtidas a partir de outras, inicialmente produzidas em processos diversos.
- 9) Prova típica: tem previsão legal da fonte de prova que será utilizada no processo. 10) Prova Atípica: para Renato Brasileiro de Lima, existem duas situações: a) quando ela estiver prevista no ordenamento, mas não haja procedimento probatório; b) quando nem ela nem seu procedimento probatório estiverem previstos em lei.



- 11) Prova Anômala: são utilizados fins diversos daquele que lhe são próprios com características de outra prova típica.
- 12) Prova Irritual: não são utilizados o modelo legal, e sim, o mais adequado, porém sem observar os elementos típicos previstos em lei.

## 1.5 Espécies de Prova

### 1.5.1 Prova pericial

Esta espécie de prova será o objeto deste estudo, o qual terá enfoque principalmente na questão da coleta de materiais genéticos, tipo de perícia a ser tratada no capítulo subsequente. Contudo, veremos de forma ampla todas as formas de perícias existentes atualmente.

Lopes Jr.(2014, p.448) define que:

[...] a perícia subministra fundamentos para um conhecimento comum às partes e ao juiz, sobre questões que estão fora da órbita do saber ordinário.[...]Uma prova pericial demonstra apenas um grau – maior ou menor – de probabilidade de um aspecto do delito, que não se confunde com a prova de toda complexidade que envolve o fato. Assim, um exame de DNA feito a partir da comparação do material genético do réu “A” com os vestígios de esperma encontrados no corpo da vítima demonstra apenas que aquele material coletado pertence ao réu. Daí até provar-se que o réu “A” violentou e matou a vítima, existe uma distância imensa e que deve ser percorrida lançando mão de outros instrumentos probatórios.

Deve-se atentar ao disposto do art. 182, do CPP, ‘o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte’.

#### 1.5.1.1 *Corpo de Delito*

Corpo de delito é o conjunto de vestígios materiais ou sensíveis deixados pela infração penal. É uma análise feita por pessoas com conhecimentos técnicos ou científicos a fim de comprovar a materialidade e autoria do delito, como cita Lima (2013).

O corpo de delito não é a única espécie pericial, existem várias outras que estão elencadas na legislação, porém é a mais importante. Todas as espécies servem como meios de prova, e todas têm o mesmo valor, sendo solicitadas pela autoridade policial, autoridade judiciária e ministerial. A partir do momento que é cometida a infração penal, a autoridade policial tem o dever de solicitar a perícia, para que não seja alterada a conservação do corpo (o qual nem sempre é humano).

No que concerne à obrigatoriedade do corpo de delito, de acordo com Lima (2013), existem as infrações penais transeuntes e as não transeuntes. As primeiras são infrações penais que não deixam vestígios. E as segundas, são infrações penais que deixam vestígios materiais. Sendo assim, o exame de corpo de delito é realizado sobre as infrações não transeuntes, pois costumam deixar materiais, os quais poderão ser investigados, em conformidade com o art. 158 do Código de Processo Penal.

A doutrina traz que o corpo de delito direto é aquele feito por perito oficial (ou dois peritos não oficiais) sobre o próprio corpo de delito. Já o corpo de delito indireto, têm duas correntes. A primeira defende que o exame de corpo de delito indireto não é um exame, e sim a prova testemunhal ou documental a qual substitui o exame direto, pois houve o desaparecimento dos vestígios da infração penal. A segunda corrente defende que, é um exame pericial, o qual se baseia na coleta dos depoimentos das testemunhas sobre os vestígios ou análise documental, e a partir de então, os peritos tirarão suas conclusões. A jurisprudência tem preferido a primeira corrente, vejamos:

Nos crimes contra a liberdade sexual cometido mediante grave ameaça ou com violência presumida, não se impõe, necessariamente, o exame de corpo de delitodireto, porque tais infrações penais, quando praticadas nessas circunstâncias (com violência moral e violência ficta), nem sempre deixam vestígios materiais. O exame de corpo de delito indireto, fundado em prova testemunhal idônea e/ou em outros meios de prova consistentes (CPP, art.167) revela-se legítimo (RTJ 63/836 – RTJ 81/110 - RT 528/311), desde que, por não mais subsistirem vestígios sensíveis do fato delituoso, não se viabilize a realização do exame direto. (LIMA, 2013, p.633)

Como dito anteriormente, há uma obrigatoriedade da realização de exame de corpo de delito quando a infração penal deixar vestígios, contudo há possibilidade da ausência desse exame, assim Lima (2013, p. 636) indaga a respeito dessa não realização, e então conclui:

Inicialmente, vale lembrar que, segundo o art. 564, inciso III, “b”, do CPP, haverá nulidade por falta de exame por falta de exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto do art. 167 do CPP. Como o art. 572 do CPP não ressaltou essa nulidade dentre aquelas que podem ser sanadas (ou seja, nulidades relativas), conclui-se que se trata de uma nulidade absoluta. Logo, se era possível a realização de exame direto, ou, ainda, se a ausência do exame direto não foi suprida pelo exame de corpo de delito indireto, deverá o processo ser anulado, a partir do momento em que o laudo deveria ter sido juntado ao processo. Afinal de contas, é a própria lei que estabelece que, quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito.

#### *1.5.1.2 Laudo Pericial e Contraditório*

Gomes Filho atenta que:

É imperativa a incidência dos princípios constitucionais do contraditório e do direito de defesa na prova pericial, de modo que a participação dos interessados é essencial

também nesse tipo de prova, seja através da possibilidade de crítica e pedidos de esclarecimento em relação aos laudos já apresentados, seja pela formulação de quesitos antes da realização dos exames, bem como, com o advento da Lei n. 11.690/2008, indicar assistente técnico. (apud LOPES JR., 2014, p.451)

As partes têm alguns direitos em relação à perícia, Scarance Fernandes (apud LOPES JR., 2014, p.451) então delimita:

- requerer sua produção;
- apresentar quesitos com antecedência mínima de 10 dias da realização da perícia;
- se possível, pela natureza do ato, acompanhar a colheita de elementos pelos peritos (extração de sangue, vestígios químicos no local etc.);
- manifestar-se sobre a prova, podendo requerer nova perícia, sua complementação ou esclarecimento dos peritos;
- indicar assistente técnico, que elaborará parecer sobre a perícia realizada; • obter uma manifestação do juiz sobre a prova pericial realizada.

De acordo com Lima (2013, p.631)

[...] para que essas provas possam ser utilizadas para fundamentar eventual sentença, imperiosa será a observância do contraditório sobre a prova, permitindo que as partes possam discutir sua admissibilidade, regularidade e idoneidade. Bom exemplo do exercício desse contraditório diferido no tocante ao exame pericial diz respeito ao art. 159, §5º, inciso I, do CPP, que permite às partes, durante o curso do processo judicial, requerer a oitivas dos peritos para esclarecimento da prova ou para responderem quesitos.

### *1.5.1.3 Peritos oficiais, não oficiais e assistentes técnicos*

O perito é um auxiliar do Juízo, dotado de conhecimentos técnicos ou científicos sobre determinada área do conhecimento humano, que tem função estatal de proceder à verificação do corpo de delito, fornecendo dados instrutórios de ordem técnica indispensáveis para a decisão do caso concreto, assim define Lima (2013).

Existem dois tipos de peritos, os oficiais e não oficiais, ambos devem ter diploma de cursos superior, porém há precedente da 2ª turma do Supremo que permite o exame ser feitos por dois peritos não oficiais que não possuem curso superior. Os oficiais são funcionários públicos de carreira, o qual seu trabalho é realizar perícias determinadas pela autoridade policial e judiciária. Já os não oficiais é a pessoa nomeada pelo juiz ou pela autoridade policial para realizar determinado exame pericial (LIMA, 2013)

Em relação à quantidade de peritos, a Lei nº 11.690/08 no CPP fez uma modificação, agora não é mais obrigatório o exame ser realizado por dois peritos oficiais, apenas um basta. Porém se a perícia for complexa, a autoridade poderá designar um perito com conhecimento especializado. Se caso houver falta de perito, poderá ser realizado por duas pessoas idôneas com diplomas de curso superior e preferencialmente da área necessitada.

Além desses, tem também os assistentes técnicos que foram introduzidos com a Lei nº 11.690/08, ele serve como um auxiliar das partes, dotado de conhecimentos científicos, técnicos ou artísticos, responsável por trazer ao processo informações especializadas pertinentes ao objeto da perícia, como descreve Lima (2013).

#### *1.5.1.4 Tipos de perícias*

O presente tópico tem as lições de Lopes Jr (2014) e Lima (2013) como norteadoras da compreensão do tema nele abordado. As perícias, segundo o Código de Processo Penal são divididas em:

- 1) Autópsia e exumação para exame cadavérico: em regra (art.162, caput), será feita pelo menos seis horas depois do óbito, se caso for preciso será feito antes devido as evidências dos sinais de morte. Em situação de morte violenta só necessitará de exame externo do cadáver. Em alguns casos será necessário fazer a exumação, ocorrerá com horário e dia marcado e se lavrará o auto circunstanciado;
- 2) Exame pericial de local de crime: é providenciado imediatamente após o conhecimento da infração penal, para que não seja alterado as condições do local, como dispõe o art. 169 do CPP;
- 3) Perícias de laboratório: o perito deve guardar os materiais suficientes para a realização possível de uma futura nova perícia;
- 4) Exame pericial para avaliação do prejuízo causado pelo delito: a Lei nº 11.719/08 especifica que na sentença condenatória é necessário fixar o valor mínimo para reparação de danos causados pela infração;
- 5) Exame pericial nos casos de incêndio: o art. 173 do CPP delimita que nesses casos os peritos verificarão a causa, o lugar, o prejuízo causado e o perigo oferecido para a vida, entre outros fatores;
- 6) Exame pericial para reconhecimento de escritos: são quatro quesitos utilizados, a pessoa que possa atribuir possivelmente o escrito será intimada, para comparação será utilizado qualquer documentação que já foi reconhecida judicialmente, além desses poderá ser solicitado

documentos públicos, e por fim quando não houver escritos ou não forem suficientes, a autoridade pedirá que a pessoa escreva o que for ditado;

7) Exame pericial dos instrumentos de crime: visto o art.175 do CPP, todos os instrumentos utilizados na infração serão sujeitos ao exame;

8) Exame pericial por meio de carta precatória: a nomeação dos peritos será feita no Juízo deprecado, se houver acordo entre as partes na ação privada, poderá ser feita por juiz deprecante.

#### *1.5.1.5 Questão Genética*

Há inúmeras discussões acerca do tema, dentre as quais aquelas que se fazem mais relevantes serão pautadas no presente trabalho, em momento oportuno, no segundo capítulo desta investigação.

#### *1.5.2 Interrogatório Judicial*

Acerca do assunto, Lima (2013, p. 644) o define como “o ato processual por meio do qual o juiz ouve o acusado sobre sua pessoa e sobre a imputação que lhe é feita”.

##### *1.5.2.1 Natureza Jurídica*

Elmir Duclerc (2006 apud LOPES JR., 2014, p.463) aponta a seguinte delimitação:

As alternativas ‘meio de prova’ e ‘meio de defesa’ não são excludentes, senão que coexistem de forma inevitável. Assim, se de um lado potencializamos o caráter de meio de defesa, não negamos que ele também acaba servindo como meio de prova, até porque ingressa na complexidade do conjunto de fatores psicológicos que norteiam o sentir judicial materializado na sentença.

Giovanni Leone (apud LOPES JR., 2014, p.463) traz outro ponto de vista ao explicar que:

O interrogatório também se destina a delimitar o âmbito da decisão do juiz, no sentido de que ele não pode pronunciar uma decisão sobre um fato diferente do imputado. Assim, a correlação entre imputação e decisão se opera tanto no interior da instrução como também nas relações que se estabelecem entre a instrução e o julgamento, e não apenas nessa segunda hipótese (julgamento, decisão). Isso é fundamental para compreender que a correlação já se faz valer no momento do interrogatório e ao longo de toda a instrução. A correlação, na verdade, não é apenas entre acusação e sentença, mas entre acusação, defesa, instrução e sentença.

### *1.5.2.2 Momento do interrogatório, Foro Competente e sua Ausência*

Com a reforma processual penal de 2008, o interrogatório passou a ser realizado ao final da instrução processual. Como está disposto no art. 400, *caput*, do CPP:

Art.400- Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declaração do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art.222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

No caso de Júri, o interrogatório também será realizado após a colheita de toda prova oral, seja na primeira fase (art. 411, *caput*, CPP), ou até mesmo no plenário do júri (art.474, *caput*, CPP).

Para a oitiva do acusado o juiz da causa da audiência de instrução e julgamento deverá também interroga-lo, contudo, caso o acusado não esteja na localidade prevista, o magistrado poderá determinar carta precatória para que o mesmo seja ouvido. Mesmo o art. 399, §2º, do CPP prevendo o princípio da identidade física do juiz, ele não será impedido, pois é uma questão de viabilidade do processo.

Caso ocorra de o acusado não atender à intimação para qualquer tipo de ato que foi solicitado, o art. 260 do CPP assegura a condução coercitiva, o qual o juiz mandará conduzi-lo até sua presença, sem ferir o princípio de produzir prova contra si mesmo, pois mesmo também tem o direito ao silêncio.

O interrogatório tem como objetivo principal a autodefesa, contudo se o réu vier a desfazer-se desse direito, basta não comparecer para audiência, deixando que seu defensor exerça sua defesa. Porém, se o réu comparecer a audiência e negar-se no ato ser interrogado, o juiz fará o reconhecimento da nulidade absoluta (art. 564, III, alínea 'b', CPP), dado que ele não exerceu o direito de ampla defesa.

### *1.5.2.3 Características do interrogatório e o local da realização*

Para Lima (2013) o interrogatório possui as seguintes características: ato personalíssimo, ato contraditório, ato assistido tecnicamente, ato oral, ato individual, ato bifásico, ato protegido pelo direito ao silêncio, liberdade de autodeterminação, ato público, ato realizável a qualquer momento, antes do trânsito em julgado.

Em relação ao local que poderá ser realizado o interrogatório, temos a princípio a sala de audiência do Fórum, quando o réu estiver solto. No entanto, se estiver preso terá três formas para a realização: a) pessoalmente, no presídio, com toda segurança devida; b) por videoconferência; c) pessoalmente, no fórum, será solicitado em último caso. O art. 185, do CPP elenca todas as circunstâncias e exceções que ocorrerá a oitiva do réu preso.

#### *1.5.2.4 Interrogatório por videoconferência*

A partir da Lei 11.900/2009 a realização do interrogatório por videoconferência passou a ser regimentada pelo art. 185, §2º, do CPP. Consta-se as prováveis finalidades para sua consumação:

Art. 185 – §2º. Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

- I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;
- II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.

Existem polêmicas acerca desse tipo de interrogatório, contudo para Lima (2013, p. 663):

[...] a realização do interrogatório por videoconferência não atende somente aos objetivos de agilização, economia e desburocratização da justiça. Atende também à segurança da sociedade, do magistrado, do membro do Ministério público, dos defensores, dos presos, das testemunhas e das vítimas, razão pela qual não pode ser tachada de inconstitucional.

#### 1.5.3 Confissão

Para Lopes Jr. (2014, p. 470):

A confissão deve ser analisada no contexto probatório, não de forma isolada, mas sim em conjunto com a prova colhida, de modo que, sozinha, não justifica um juízo

condenatório, mas, por outro lado, quando situada na mesma linha da prova produzida, em conformidade e harmonia, poderá ser valorada pelo juiz na sentença.

Ou seja, a admissão da culpa não será fator determinante para uma condenação, ela terá valor probatório, também conhecido como testemunho duplamente qualificado. Para Lima (2013) a confissão se classifica em: a) confissão extrajudicial- feita fora do processo penal, sem a observância do contraditório e ampla defesa; b) confissão judicial- feita perante o defensor do acusado; c) confissão explícita- confessa o fato delituoso sem dubiedades; d) confissão implícita- o acusado paga a indenização, contudo, para o processo penal, ela não tem valor; e) confissão simples- confessa o ato delituoso sem nenhuma excludente de ilicitude ou culpabilidade em seu benefício; f) confissão qualificada- confessa o ato delituoso, porém o acoberta por uma excludente de ilicitude ou culpabilidade a seu favor; g) confissão ficta- o acusado não contesta o que lhe foi imputado; h) confissão delatatória- o réu confessa a prática delituosa e delata terceiros.

A confissão possui também algumas características, como: ato personalíssimo (só o acusado pode confessar), ato livre e espontâneo (não pode haver qualquer tipo de constrangimento para que ocorra a confissão), ato retratável (o acusado pode se retratar), ato divisível (pode ser confessada a prática de um crime, mas também pode ser negado outro que tenha sido indiciado). (LIMA,2013).

#### 1.5.4 Declaração do Ofendido

O ofendido não pode ser incriminado por falso testemunho, pois o mesmo não é considerado como uma testemunha. Porém, o mesmo poderá ser indiciado perante denúncia caluniosa, como está previsto no art. 339 do Código Penal.

A vítima também não poderá faltar quando intimada, como dispõe o art. 201, §2º, do CPP. Contudo, se caso o réu provocar algum tipo de constrangimento, a vítima terá o direito de depor sem sua presença, como está elencado no art. 217, do CPP. O ofendido não possui o poder de invocar o “direito ao silêncio”, uma vez que só o acusado o detém.

#### 1.5.5 Prova Testemunhal

A testemunha consiste em um tipo de prova, nesta direção atesta Capez (2012, p.435) que:



Em sentido lato, toda prova é uma testemunha, uma vez que atesta a existência do fato. Já em sentido estrito, testemunha é todo homem, estranho ao feito e equidistantes das partes, chamado ao processo para falar sobre fatos perceptíveis a seus sentidos e relativos ao objeto do litígio. É a pessoa idônea, diferente das partes, capaz de depor, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa.

Ainda de acordo com Capez (2012), a prova testemunhal possui várias características, são elas: judicialidade (produzida em juízo), oralidade (narrativa verbal, salvo surdo-mudo), objetividade (depor sobre os fatos, sem opinar), retrospectividade (depõe sobre o que assistiu), individualidade (depoimentos isolados).

Deve-se evidenciar que todas as pessoas podem ser testemunhas, como está disposto no art.202, do CPP. Diante disso, possuem alguns deveres, como dispõe Lima (2013): a) dever de depor: no art. 206 está disposto as pessoas que podem recusar-se a depor (ascendente, descendente, afim em linha reta, o cônjuge (mesmo separado), o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado). Contudo, eles poderão depor em situações que o desejarem ou se não houver outra forma de obter prova do fato. Aqueles que têm profissão de guardar segredos são proibidos de depor (art.207, CPP); b) dever de comparecimento: a partir da intimação cumprida, é obrigado comparecimento, caso não ocorra, poderá ser solicitada apresentação mediante condução coercitiva, e também uma possível imposição de multa. No caso de enfermidade ou velhice, serão inquiridas onde estiverem (art. 220, CPP); c) dever de prestar o compromisso de dizer a verdade: o art. 203, do CPP determina que a testemunha diga o que sabe, não tem o direito ao silêncio, caso não cumpra será enquadrada no crime de falso testemunho, art. 342, do CP. Aqueles que sofrem por alguma restrição para depor, serão meros informantes; d) dever de comunicar mudança de residência: dentro de um 1 (um) ano deve ser comunicado a mudança de testemunha, a partir da data do depoimento.

Capez (2012), sob sua ótica, divide o procedimento da oitiva de testemunha da seguinte forma: após audiência de instrução e julgamento será feita a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e defesa; assim comparecendo à audiência, a testemunha será identificada; após identificação, deverá prestar o compromisso de dizer a verdade e ser advertidas das penas de falso testemunho; em seguida, a contradita poderá ser de ambas as partes e o juiz poderá aceitar ou não; seguidamente, a primeira parte que arrolou a testemunha perguntará, e não o juiz. Sendo que, o juiz poderá fazer perguntas para completar a inquirição; ademais, em caso de estrangeiro será nomeado um intérprete e se for surdo-mudo, segue o art.192, do CPP; por fim, a abstenção do depoimento configura ao crime de desobediência.

### 1.5.6 Reconhecimento de pessoas e coisas

Esse tipo de prova é realizado por meio de uma identificação de pessoas e/ou coisas, ela se distingue do retrato falado. Para o procedimento é necessário à observância do art.226 do CPP:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Vale ressaltar que esse tipo de procedimento nem sempre é seguido à risca no dia a dia, assim possibilita que a defesa questione a legalidade do procedimento probatório, proporcionando uma falta de credibilidade que poderia ser usada como prova (LIMA, 2013).

### 1.5.7 Acareação

Na visão de Mirabete (2006 apud LIMA, 2013, p. 695):

Acarear (ou acoroar) é pôr em presença uma da outra, face a face, pessoas cujas declarações são divergentes. A acareação é, portanto o ato processual consistente na confrontação das declarações de dois ou mais acusados, testemunhas ou ofendidos, já ouvidos, e destinado a obter o convencimento do juiz sobre a verdade de algum fato em que as declarações dessas pessoas forem divergentes.

Para ser feita a acareação, são delimitados alguns pressupostos conforme aduzem LIMA, 2013 e CAPEZ, 2012: a) que as pessoas a serem acareadas já tenham sido previamente ouvidas (depoimento, declaração ou interrogatório); b) deve haver divergência sobre ponto relevante no relato das pessoas, ou seja, é necessário que existam contradições ou versões discrepantes sobre fatos que realmente interessem ao deslinde do processo; c) a acareação pode ocorrer por meio de precatória, em conformidade com o art. 230 do CPP.

Mediante o art. 229, parágrafo único, do CPP “os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo de acareação”. Assim, para

oitiva deverá haver incomunicabilidade entre os acareados, pois isso assegurará êxito da prova (LIMA, 2013).

#### 1.5.8 Prova Documental

Documento (de *doceo*, ensinar, mostrar, indicar) é considerado tudo aquilo que representa um fato, destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo (LIMA, 2013; CAPEZ, 2012). O instrumento se difere dos documentos, pois são documentos confeccionados com o objetivo de fazer prova. Existem inúmeras espécies, as quais, sob a ótica de Lima (2013), se dividem em: a) original- escrito na fonte originariamente produtora; b) cópia- reproduz o original, quando autenticada possui o mesmo valor da original (art.232, §único, CPP); c) público- expedido por funcionário público no exercício de sua função, conforme a legalidade; d) particular- são todos documentos que não se enquadram como público, sua autenticidade poderá ser submetida a exame pericial.

Todo documento deve ter veracidade daquilo que representa, sendo assim passará por uma análise de autenticidade. Mirabete (2006 apud LIMA, 2013, p.669) aponta:

São requisitos indispensáveis do documento a verdade e a autenticidade. A verdade é a existência real do que no instrumento se contém, se relata ou se expõe. A autenticidade é a certeza legal de ser o escrito emanado da pessoa a quem o documento é atribuído. Os documentos públicos têm a seu favor a presunção *juris tantum* de autenticidade. Não se pode, assim, negar valor a tal prova para se concluir coisa diversa do que contém o documento público. O documento particular é autêntico quando reconhecido por oficial público, quando aceito ou reconhecido por quem possa prejudicar e quando provado por exame pericial (CPP, art. 235). Mesmo no silêncio da lei, como a autenticidade do documento público goza de presunção meramente relativa, nada impede que possam eles ser submetidos também ao incidente de falsidade.

A produção da prova documental pode ser espontânea, com a exibição, juntada ou leitura pela parte, ou provocada (coacta). E mesmo sendo assegurada a juntada de documentos aos autos a qualquer momento, deve-se atentar a Constituição Federal que veda provas obtidas por meio ilícito (LIMA, 2013).

#### 1.5.9 Indícios

Sob a visão de Capez (2012), indícios é toda circunstância conhecida e provada, a partir da qual, mediante raciocínio lógico, pelo método indutivo, obtém-se a conclusão sobre outro

fato. A indução parte do particular e chega ao geral. Assim, um fato conhecido poderá ter valor probatório.

No Código de Processo Penal, Título VII (Das Provas) está relacionado os indícios, pois se trata de provas indiretas. Contudo, evidencia-se que o valor probatório dos indícios é o mesmo daquele obtido por meio de prova direta, devido ao fato de que não existe hierarquia de provas (CAPEZ, 2012; LIMA, 2013).

#### 1.5.10 Busca e Apreensão

Em primeiro plano devemos diferenciar os dois conceitos, de busca e apreensão. Bastos Pitombo (2005 apud LOPES JR., 2014, p.508) nos traz suas definições:

Busca: é uma medida instrumental – meio de obtenção da prova – que visa encontrar pessoas ou coisas. Apreensão: é uma medida cautelar probatória, pois se destina à garantia da prova (ato fim em relação à busca, que é ato meio) e ainda, dependendo do caso, para a própria restituição do bem ao seu legítimo dono (assumindo assim uma feição de medida assecuratória).

No art. 240 do CPP está disposto em quais situações podem ocorrer a busca domiciliar ou pessoal. Lembrando que nem sempre gera apreensão, só quando aquilo que se busca é encontrado, assim será apreendido para investigação (LOPES JR., 2014). Vale salientar que, existem direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal que devem ser observados para não serem feridos como, inviolabilidade do domicílio, dignidade da pessoa humana, intimidade e a vida privada, incolumidade física e moral do indivíduo. Diante disso, a busca deve ser determinada mediante um ofício ou a requerimento das partes, sendo que a busca domiciliar pode ser autorizada apenas pela autoridade judiciária e a busca pessoal por ambos (autoridade judiciária e policial); e devem ser observados todos os quesitos exposto no art. 5º da CF, ressalvadas todas as exceções (flagrante delito, desastre, ou para prestar socorro) (LIMA, 2013; LOPES JR., 2014).

#### 1.5.11 Interceptação Telefônica

O art. 5º, inciso XII da CF nos traz que, “ é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Esse dispositivo gera uma incerteza em relação à interceptação

acerca de qualquer meio de comunicação e ainda ser autoaplicável, desta forma criou-se a Lei 9.296/1996 que infere a qualquer tipo de comunicação, e também trata da aplicação do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

A interceptação telefônica não deve ser confundida com escuta telefônica, gravação telefônica, comunicação ambiental, interceptação ambiental, escuta ambiental, gravação ambiental. Lima (2013) delimita que, “a interceptação ocorre sem o conhecimento dos interlocutores, ou seja, nenhum deles tem consciência de que o conteúdo da comunicação está sendo captado por um terceiro”.

O art. 3º da Lei 9.296/1996 dispõe que interceptação poderá ser decretada pelo juiz, mediante ofício ou requerimento da autoridade policial (na investigação criminal) ou o representante do Ministério Público (na investigação criminal ou instrução do processo penal). Todavia, se caso for indeferido o pedido por parte do magistrado, poderá o Ministério Público interpor mandado de segurança, salvo se estiverem predispostos todos os requisitos.

A interceptação telefônica é levada sob segredo de justiça, ou seja, o investigado não poderá ter conhecimento da diligência, caso contrário atrapalharia o êxito de tal. Porém, com o fim da ação o investigado terá direito ao contraditório e à ampla defesa (LIMA, 2013).

No art. 6º da referida lei, delibera que a autoridade policial é a responsável pela execução da interceptação telefônica, a qual poderá pleitear serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviços públicos, nos moldes do seu art.7º.

#### 1.5.12 Delação premiada

Lima (2013, p.752) demarca que no ordenamento jurídico pátrio a delação premiada pode ser considerada como uma:

Técnica especial de investigação por meio da qual se concede ao participante e/ou coautor de ato criminoso a possibilidade de não ser processado, de ter sua pena reduzida, substituída por restritiva de direitos, ou até mesmo extinta, caso venha a colaborar com as autoridades, permitindo, a depender da conduta delituosa, o desmantelamento do bando ou quadrilha, a descoberta de toda trama delituosa, a localização do produto do crime, ou ainda, a facilitação da liberação do sequestrado.

A delação premiada está prevista no Código Penal Brasileiro além de ser apresentada por algumas leis específicas como, Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), Lei de Organizações Criminosas (Lei 12850/13), Lei do Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86), Lei Contra Crimes da ordem tributária, econômica e relações de consumo (Lei 8.137/90), Lei

de Lavagem de Capitais (9.613/98), Lei de Drogas (Lei 11.343/06), Lei do sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/11) e também está disposta na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado.

Todas essas leis predispõem benefícios penais e processuais, de acordo com cada dispositivo, que o delator poderá privilegiar-se caso colabore com a investigação. Destarte, Lima (2013) nos traz que, o acordo será firmado de forma sigilosa com o Ministério Público e o acusado, podendo este ser submetido à Lei de proteção às testemunhas (Lei 9.807/99).

É necessário salientar que o valor probatório da delação premiada não determina uma sentença condenatória, assim será observado também outros elementos de prova, se esse conjunto for consonante poderá haver um decreto condenatório. É uma forma de prevenir delações falsas e assegurar a veracidade (LIMA, 2013).

Findadas as considerações sobre as provas admitidas pelo direito processual penal brasileiro, o segundo capítulo terá por objetivo precípua realizar exposição sobre as particularidades do procedimento de coleta de material específico para fins de formação do chamado perfil genético do criminoso que cometer crimes dolosos de natureza grave ou hediondos, em consonância com a Lei 12.654/2012.

## 2 A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 Considerações Iniciais

O escopo desta etapa da pesquisa é apresentar a Lei 12.654/2012 que prevê a coleta do material genético quando o sujeito cometer crimes graves ou hediondos.

Tal diploma foi criado com o intuito de auxiliar a investigação e execução penal, trazendo algumas alterações para as Leis 7.210/1984 e 12.037/2009.

Neste sentido dispõe a Lei 12.654/12, em seu art. 9-A, *in verbis*:

Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

Referida lei também alterou os dispositivos da Lei 12.037/2009, acrescentando os artigos 5-A, 7-A e 7-B, *in verbis*:

Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado." Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

Das disposições legais expostas nota-se ter ocorrido uma mudança de paradigma em relação a este tipo de prova. No entanto, a intervenção do Estado no organismo humano para

que possa ser produzida a prova pericial genética e sua relação com princípios constitucionais fundamentais não deve ser esquecida, razão pela qual as linhas a seguir farão uma exposição, em um primeiro momento, sobre a aplicabilidade do procedimento inserido pela Lei 12.654 de 2012, e, em uma segunda etapa sobre alguns dos preceitos fundamentais confrontados pelo instituto da identificação genética.

## 2.2 A Questão Genética

### 2.2.1 Origem Estrangeira

A extração do perfil genético já é uma realidade em inúmeros países, temos como exemplo: Estados Unidos, Suécia, Alemanha, Noruega, Nova Zelândia, França, Reino Unido que usam o método da identificação do perfil genético há algum tempo, e não seria novidade dizer que os Estados Unidos têm o banco de dados genético mais importante do mundo, mesmo que o seu início tenha ocorrido na Inglaterra. No Brasil os senadores Ciro Nogueira e Demóstenes Torres selaram suas opiniões por meio do direito comparado com o modelo Norte Americano:

O primeiro banco de dados de perfis genéticos de criminosos foi criado na Inglaterra, mas sem dúvida o banco mais importante, criado pelo FBI nos Estados Unidos (EUA), é o Sistema de Índice de DNA Combinado (CODIS – *Combined DNA Index System*). Tendo em vista que a tecnologia de bancos de perfis genéticos já se mostrou extremamente eficaz em vários países, notadamente nos EUA e Reino Unido, o seu impacto na promoção da justiça e combate à impunidade tem sido fator determinante para sua implantação no Brasil (NOGUEIRA; TORRES apud OLIVEIRA; NEPOMUCENO, 2014).

Além desses países citados, Lopes Jr. (2014, p. 455) leciona que o advento da Lei n. 12.654/2012, passou a disciplinar e autorizar a extração compulsória de material genético, de forma similar ao disposto nos art. 171 do CPP português, 244 e ss. do CPP italiano e no § 81 da StPO alemã.

### 2.2.2 A Persecução Criminal

O Processo Criminal Brasileiro comporta duas fases, sendo elas: investigação criminal e o processo penal. A primeira trata-se do inquérito policial, tem o intuito de investigar os fatos para que seja colhida a autoria e a materialidade da infração penal, e a segunda é o direito



público subjetivo de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto (LIMA, 2013).

Isto posto, é clarividente que o inquérito policial é extremamente importante para um processo, mesmo que seja dispensável. Como dispõe de conteúdo informativo, não tem o mesmo valor probatório das provas produzidas em juízo sub-rogadas pela ampla defesa e pelo contraditório. Lopes Jr. (2014, p.174), alinha:

Não se deve começar um processo penal de forma imediata. Em primeiro lugar, deve-se preparar, investigar e reunir elementos que justifiquem o processo ou o não processo. É um grave equívoco que primeiro se acuse, para depois investigar e ao final julgar. O processo penal encerra um conjunto de “penas processuais” que fazem com que o ponto nevrálgico seja saber se deve ou não acusar.

Contudo, essa fase pré-processual muitas vezes está dotada de vícios, pois a morosidade da justiça brasileira atrapalha o curso da investigação. Lopes Jr.(2014, p.174) acrescenta sobre isso que:

Atualmente existe um consenso: o inquérito policial está em crise. Os juízes apontam para a demora e a pouca confiabilidade do material produzido pela polícia, que não serve como elemento de prova na fase processual. Os promotores reclamam da falta de coordenação entre a investigação e as necessidades de quem, em juízo, vai acusar. O inquérito demora excessivamente e, nos casos mais complexos, é incompleto, necessitando de novas diligências, com evidente prejuízo à celeridade e à eficácia da persecução.

A morosidade e a falta de confiabilidade na justiça brasileira é uma realidade antiga, além do fato de ser retrógrada nas tecnologias utilizadas. Essa soma de fatores enseja a não aplicação da lei em estudo, pois para sua eficácia total seria necessária uma mudança completa no Sistema Penal Brasileiro – objetivando sua atualização aos preceitos estampados no diploma normativo em exame.

### 2.2.3 Identificação Criminal Genética

A identificação criminal é um importante meio para que os delitos cometidos sejam punidos de forma correta. Ela busca a verdadeira identidade do autor do crime, afinal é benéfico a ele a omissão de seus dados, pois ficaria mais difícil de ser condenado. Lima (2013) aponta que a identificação criminal é o gênero do qual são espécies a identificação datiloscópica, feita com base nas saliências papilares da pessoa, a identificação fotográfica e a novel identificação do perfil genético, que é nosso objeto de estudo.

Devemos nos atentar que qualificação do investigado, reconhecimento de pessoas e identificação criminal são distintas. A primeira é a individualização, através da obtenção de dados como nome completo, naturalidade, filiação, nacionalidade, estado civil, domicílio, etc. A segunda é feita por uma pessoa leiga com o intuito de achar pessoas ou coisas semelhantes. Já a identificação criminal, como dito anteriormente, é feita por meio da identificação datiloscópica, fotográfica, e em caso específicos, do perfil genético, e tudo isso é realizado por um técnico (LOPES JR., 2014; LIMA, 2013)

Antes da Constituição Federal de 1988 a identificação criminal era obrigatória, mesmo que o indivíduo tivesse se identificado civilmente. Contudo, após a Constituição, a regra passou a ser exceção, sendo assim só em casos previstos em lei ocorrerá a identificação criminal. Essa previsão está na seguinte legislação: art. 109 do Estatuto da Criança e Adolescente, art. 5º da Lei 9.034/95, Lei 10.054/00, Lei 12.037/09, e mais recentemente pela Lei 12.654/2012.

Se a identificação civil não for realizada de forma correta, a Lei 12.037/09 traz no seu artigo 3º que:

Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

- I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
- II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
- III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;
- IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;
- V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

Traçada então a identificação criminal, chegamos por fim na identificação criminal por meio do perfil genético. De acordo com o já aludido no início deste capítulo, a nova lei 12.654/12 alterou a Lei 12.037/09 que trata da identificação criminal, e a Lei 7.210/84 que disciplina a Execução Penal. A partir destas inovações,

em duas situações (investigado e apenado), o sujeito passivo está obrigado a submeter-se a intervenção corporal (voluntariamente ou mediante coerção) para fornecimento de material genético. Em linhas gerais, coletado o material, será armazenado no banco de dados de perfis genéticos, de onde poderá ser acessado pelas polícias estaduais e/ou federal mediante prévia autorização judicial. A extração se dará de forma “adequada e indolor”, e não poderá revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas,

exceto a determinação genética de gênero. Os dados coletados integrarão o banco de dados de perfis genéticos, assegurando-se o sigilo dos dados. Para fins probatórios, o código genético será confrontado com as amostras de sangue, saliva, sêmen, pelos, etc. encontradas no local do crime, no corpo da vítima, em armas ou vestes utilizadas para prática do delito, por exemplo. A partir da comparação, será elaborado laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado que analisará a coincidência ou não. [...] A finalidade da coleta do material biológico atenderá a diferentes fins: para o investigado, destina-se a servir de prova para um caso concreto e determinado (crime já ocorrido); já em relação ao apenado, a coleta se destina ao futuro, a alimentar o banco de dados de perfis genéticos e servir de apuração para crimes que venham a ser praticados e cuja autoria seja desconhecida. (LOPES JR, 2014, p. 216):

Todavia, devem-se assegurar em primeiro plano, os direitos fundamentais dos cidadãos, os quais entram em rota de confronto com essa nova lei. A partir do momento que o suspeito é obrigado a fornecer seu material biológico por meio da intervenção corporal, o seu direito de não produzir provas contra si mesmo, decorrente da presunção de inocência e do direito de defesa negativo (silêncio) resta ferido.

Contudo, sob outra via, não paira dúvida que a investigação criminal por meio genético torna-a mais eficaz, a qual muitas vezes é decisiva na realização da sentença. Logo, deve ser utilizada sim, como aponta Gossel:

A obtenção de células corporais na roupa do suspeito (camisa manchada de sangue, com cabelos ou a roupa interior com células de sêmen etc.) ou na sua casa, por exemplo, nas vestes, mesmo que não utilizadas no momento do delito, roupa de cama ou outros objetos de sua propriedade poderão ser obtidos sem problemas, utilizando a busca e/ou apreensão previstas no art. 240 e seguintes do CPP (GOSSEL, 1996 apud LOPES JR, 2014, p.455)

Nesse quesito, não há o que se discutir, é constitucional e usual no direito. Até mesmo na área civil há o reconhecimento de paternidade, o qual é feito, normalmente, por meio de exame de DNA. Mas o dilema é a obrigatoriedade da intervenção corporal do imputado, e como os direitos fundamentais brasileiros não são absolutos, autorizou-se tal ato.

Com relação a essa assertiva, afirma-se que:

As normas que dispõem sobre os direitos fundamentais têm caráter principiológico, atuando no campo das situações plausíveis, e, por isso, os direitos fundamentais podem ser limitados pelo legislador ordinário. A restrição pode dar-se de três formas distintas: a) que a própria Constituição preveja a limitação de forma expressa; b) que a Constituição outorgue o poder de restrição a uma norma ordinária; c) que a Constituição não limite direta ou indiretamente o direito fundamental. (...) existe a possibilidade de uma intervenção legislativa com caráter restritivo, ainda que não exista outorga ou limitação constitucional. Considera que os direitos fundamentais estabelecem posições jurídicas e, por isso, podem ser objeto de ponderação em caso de aparente conflito com outros direitos fundamentais. Caberá ao órgão jurisdicional fazer a ponderação de bens e interesses para determinar a aplicação de um ou outro

direito e, por consequência, limitar o alcance do direito sacrificado (TOLEDO BARROS, 1996 apud LOPES JR, 2014, p.455)

Para a aplicação da lei serão necessários alguns requisitos. Como dito anteriormente, existem duas situações distintas: o investigado (suspeito) e o apenado. Quando se tratar do suspeito do crime é imprescindível que tenha necessidade para investigação e autorização judicial, como está estipulado em lei, pois caso contrário a coleta de material genético seria banalizada, algo com tanta complexidade seria utilizado de qualquer forma (LOPES JR., 2014).

Assim, mediante esses pressupostos, há também a possibilidade dos dados genéticos ficarem armazenados em um banco ou ainda serem totalmente descartados após o encerramento da investigação. O armazenamento acontecerá quando ocorrer condenação por crimes hediondos ou por crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa terá o intuito de ser usado em casos futuros, e não será necessária a autorização judicial para coleta, somente para acesso a esses dados (LOPES JR., 2014; LIMA, 2013). Já para ser totalmente descartados, o art. 7º da Lei 12.037/09 nos traz que:

[...] no caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil.

Como a identificação genética tem valor probatório, devemos nos indagar até que ponto ela solucionaria a investigação. A coleta do material genético e a sua comprovação em um crime não trará a condenação de imediato, pois acerca dessa prova existem inúmeras possibilidades que podem ter forjado esse resultado. Por exemplo, a confiabilidade do método utilizado para a coleta, o nexos causal do material genético encontrado, e o mais importante, mesmo que tenha o DNA do investigado na vítima isso não provaria que houve violência. Portanto, a identificação do perfil genético tem um grau de probabilidade maior ou menor, mas não seria uma prova cabal para a condenação (LOPES JR., 2014).

### **2.3 Os Princípios Fundamentais**

O primeiro embate em relação a essa lei se dá na esfera da nossa Constituição Federal, mais detidamente no que tange ao respeito dos direitos e garantias fundamentais. Vejamos o art. 5º, inciso LV, LVII, LXII, artigo 186 do CPP e artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Art. 8.2. Toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Os direitos fundamentais são os basilares da Constituição, de acordo com isso Moraes (1997, p. 24) afirma:

Os direitos fundamentais em sentido formal são direitos ou posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individualmente ou institucionalmente consideradas, consagradas em uma Constituição formal, ou seja, conjunto de normas formalmente constitucional. Entende-se por regras constitucionais em acepção formal, aquelas que são incluídas na Carta Magna, integrando ou não a estrutura fundamental do Estado.

Nessa vertente trataremos as garantias fundamentais que poderiam ser feridas com advento da Lei 12.654/2012, como o direito de defesa e o contraditório, a presunção de inocência e o direito de não produzir provas contra si mesmo.

### 2.3.1 Direito à Ampla Defesa e ao Contraditório

A ideia da ampla defesa e do contraditório se vincula a um procedimento ao qual devem o Estado e o cidadão estarem vinculados. Como o acusado tem proteção mediante o processo penal estatal, o art. 5º, LIV da Constituição Federal elenca o princípio do devido processo legal prevendo que “ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ou seja, para haver uma condenação deverão ser seguidas todas as formalidades.

Nesta mesma esteira, ao lado da necessidade do processo legal, caminham os direitos à ampla defesa e ao contraditório, nos termos da Carta Magna, artigo 5º inciso LV, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

O direito à ampla defesa e ao contraditório são os prelúdios para nossa discussão, uma vez que esse princípio é o meio pelo qual todas as garantias fundamentais estão asseguradas, Binder (1997) realça que tal preceito: “por um lado, atua em conjunto com as demais garantias; por outro, é a garantia que torna todas as demais operantes”. (apud CASARA; MELCHIOR 2013, p.506)

Esse postulado fundamental deve estar presente em todas as fases processuais, garantindo que a todo o momento ou perante qualquer grau de jurisdição seja proibida a ausência de defesa do acusado, além de que não existe a possibilidade de se dispensar tal direito, mesmo que o réu/acusado o solicite formalmente. (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 507)

Dentro da ampla defesa pode ser incluída a autodefesa. Sobre tal tema, Fernandes nos traz que, “a autodefesa, ainda que não possa ser dispensada, é renunciável, não podendo o réu ser obrigado a comparecer para o interrogatório ou para realização dos atos processuais”. (apud CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 507)

Na esfera da identificação criminal genética, embora se saiba que tal procedimento já existe em vários países, no Brasil, em face da previsão constitucional da ampla defesa e do contraditório, a partir do momento em que o imputado é obrigado a dispor seu corpo para a coleta de um exame de DNA, mesmo que indolor e sem prejuízo a saúde, o mesmo estará sendo constrangido por esse ato, em clara violação ao princípio da ampla defesa.

Afinal, ele estaria sendo forçado a fornecer material para acusação; como cita Carnelutti (1950 apud LOPES JR., 2014, p. 455): “a carga da prova da existência de todos os elementos positivos e a ausência dos elementos negativos do delito incumbe a quem acusa. Por isso, o sujeito passivo não pode ser compelido a auxiliar a acusação a liberar-se de uma carga que não lhe incumbe”.

Em sentido semelhante, Ferrajoli (2010, p. 565) acrescenta que:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo Estado e grau de procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e acareações.

Do exposto, resta erigida a barreira constitucional imposta pelo respeito à legalidade que prescreve o acatamento à ampla defesa como ferramenta fundamental a qualquer procedimento estatal na esfera criminal.

### 2.3.2 Presunção de Inocência

A presunção de inocência é basilar para o exercício da justiça, como lecionam Casara e Melchior (2013, p.509-510): “mais do que uma opção garantista, o princípio da presunção de inocência representa uma proposta de segurança para o corpo social [...] não se trata de uma presunção em sentido técnico, mas de uma valoração constitucional”.

O desígnio desse princípio é a liberdade pessoal e a comprovação do Estado da culpabilidade do indivíduo, que é inocente até se prove o contrário. Por sua vez, para Amilton Bueno de Carvalho (2004 apud CASARA; MELCHIOR, 2013, p.510), “a realização desse princípio exige a adoção de uma postura ativa (e não de mera passividade) da Agência Judicial, a saber: deve o juiz entrar no feito convencido de que o cidadão é inocente e só prova forte em contrário, destruidora da convicção inicial, poderá conduzir á condenação”.

Cumpra desde já esclarecer que esse princípio está intimamente interligado com o princípio de não produzir prova contra si mesmo – que será analisado no item seguinte -, logo a não auto-incriminação (*Nemo tenetur se detegere*) é observada para que o acusado não produza provas que o auto-incriminem. Nessa mesma vertente a não declaração do acusado, não pode ser interpretada em seu desfavor, muito menos servir como indício, conforme será destacado em momento adequado.

Casara e Melchior (2013, p. 511) aborda o conteúdo tridimensional da presunção de inocência da seguinte forma: a) a dimensão do tratamento conferido ao indiciado ou réu (regra de tratamento); b) a dimensão de garantia (regra do Estado); c) a dimensão probatória (regra de juízo). No primeiro caso, o princípio constitucional impõe a isonomia entre o cidadão que não figura no polo passivo da relação processual penal e aquele a quem se atribui a prática de um delito; no segundo é a regra probatória (*in dubio pro reo*) o ônus do Estado-parte deve provar todos os fatos que compõem a acusação; no terceiro, a acusação detém todo ônus da prova, assim a defesa pode permanecer inerte, até que seja demonstrado autoria, materialidade e culpabilidade do delito.

De acordo com Ferrajoli (2010, p. 506) “a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa- ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo”. E Lopes Jr. (2014, p.143) complementa o pensamento supra, ao expor que “[...] se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza, mediante um processo regular, nenhum delito

pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena”.

Nesse aspecto temos o nexo entre a liberdade e a segurança do cidadão, pois se entende que o direito do indivíduo se finda quando se inicia o do outro, assim Montesquieu (apud FERRAJOLI, 2010, p. 506) arrazoa que “a liberdade política consiste na segurança, ou a menos na convicção que se tem da própria segurança”. Deste modo, a presunção de inocência deve ser incontestável não só por uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança, em razão de que a ameaça só provenha dos delitos, e não também pelos procedimentos e pelas penas arbitrárias.

### 2.3.3 Direito de não Produzir prova contra si mesmo (*Nemo tenetur se detegere*)

A expressão *nemo tenetur se detegere* ao pé da letra significa que, ninguém é obrigado a se descobrir.

O inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal, em uma interpretação efetiva, se estabelece no direito do preso de permanecer em silêncio. No entanto sua abrangência vai além da figura da pessoa presa, acobertando também os sujeitos sob acusação com a máxima de que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Em outras palavras, ninguém é obrigado a produzir prova que o auto-incrimine, mesmo que tenha cometido um delito, uma vez que não pode produzir provas desfavoráveis e também por ter o direito ao silêncio – nos moldes do inciso LXIII do artigo 5º da Carta Magna.

Referido direito é apenas a manifestação de uma garantia muito maior, traduzida pelo direito da não auto-acusação sem prejuízos jurídicos, significando que ninguém que se recusar a produzir prova contra si poderá ser, por isso, prejudicado juridicamente. Neste sentido o parágrafo único do art. 186 do CPP, dispõe *in verbis*: O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa

Esse princípio integra o já elucidado direito à ampla defesa, dado que é a oportunidade do acusado provar sua inocência, e não sua incriminação. Casara e Melchior (2013, p. 473) sob sua visão:

O princípio enuncia a proibição do estado de utilizar violência física ou moral na tentativa de obter a colaboração do cidadão em uma investigação que está sendo, ou pode ser, dirigida em seu desfavor, bem como deslegitima métodos de interrogatório fundados na dissimulação ou em sugestões que objetivem enganar ou orientar as declarações do interrogado.



Assim, o Estado não pode obrigar o acusado a extrair determinada prova, uma vez que se houver recusa a prova será ilícita, acarretando a nulidade de qualquer elemento de convicção mediante a violação desse direito. Diante disso, GAVA (2013, p.25) salienta:

Erguido sob a égide do Estado Iluminista e com vistas de afastar os excessos cometidos pelo Estado e de proteger os direitos fundamentais do indivíduo contra as coações físicas e morais praticadas pelo Estado Absolutista, o *Nemo tenetur se detegere* foi pouco a pouco se sedimentando, não tardando a se incorporado benevolmente nos ordenamentos jurídicos. No ordenamento jurídico brasileiro não foi diferente, e em razão da ratificação pelo Estado Brasileiro da Convenção americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a garantia da não autoincriminação não apenas passou a formalmente consagrada entre nós, como também passou a integrar o rol das mais importantes garantias fundamentais do Estado de Direito.

A busca da verdade é o intuito de todo o processo criminal, diante disso o juiz deve buscá-la; contudo deverá respeitar o limite da legalidade, pois torturas físicas ou psíquicas, detector de mentiras, narcoanálise são vedadas. Portanto, o acusado não é obrigado a produzir prova contra si mesmo ou declarar-se culpado, ele tem como garantia constitucional o direito de permanecer calado (BARROS, 2010, p. 239).

Pode-se deduzir que a ampla defesa, a presunção de inocência e o direito ao silêncio formam juntamente o direito de não produzir prova contra si mesmo, uma vez que o acusado poderá utilizar todos os métodos possíveis para produzir provas favoráveis, é inocente até que se prove sua culpa, além de não ser obrigado a colaborar com a produção probatória contrária a sua inocência, podendo silenciar-se.

Nicolitt e Wehrs (2014, p. 63) nos trazem que além da Constituição Federal dispor sobre esse princípio, existe uma vasta jurisprudência constitucional como os acórdãos 695/95, 542/97, 304/2004 e 181/2005 que o legitima. E ainda há as previsões internacionais, a Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San Jose da Costa Rica*) art. 8º, §2º, alínea “g”- trata das garantias judiciais, tutela “a presunção de inocência do acusado até que seja legalmente comprovada sua culpa”, e ainda, como garantia mínima, “o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado”; o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), art. 14, inciso III, alínea “g”- qualquer pessoa acusada de uma infração penal “não poderá ser confessada a depor contra si própria ou confessar-se culpada”.

De todo o demonstrado, é robusto o embate sobre a recepção da identificação genética do criminoso pela Constituição Federal, emoldurando-se correntes a favor e contra tal possibilidade, conforme será conferido no capítulo vindouro.

### **3 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.654/12**

#### **3.1 Exposição Introdutória**

Neste capítulo serão expostas as argumentações doutrinárias e jurisprudenciais favoráveis e contrárias à Lei 12.654/12.

Ao chegar a sua última etapa, o estudo em tela lembra, tomando como suporte a lição de Cunha (2016), que:

a mesma discussão foi travada com a edição da ‘Lei Seca’. Segundo Cunha (2016, n.p), ‘tendo o STJ decidido (seguindo precedentes do STF) que o motorista não pode ser obrigado a participar do ‘teste do bafômetro’ ou fornecer material para exame de sangue, sob pena de violar a garantia da não auto-acusação.

No entanto em oposição a tal entendimento, Cunha revisita o emblemático caso de Pedrinho, conforme fragmento abaixo:

[...] o Estado não está impedido de usar vestígios para colher material útil na identificação do indivíduo, como aconteceu no emblemático caso “Pedrinho”, criança sequestrada no hospital em que nasceu, tendo o crime se mantido oculto por décadas. Apesar de os envolvidos terem negado fornecer material (DNA) para a investigação, Roberta Jamily, irmã de Pedrinho e também suspeita de ter sido sequestrada quando criança, depois de ouvida na Delegacia, deixou resto de cigarro no cinzeiro do Distrito Policial. O delegado recolheu o material (contendo a saliva de Roberta) e o encaminhou à perícia técnica fazer o exame de DNA. O resultado do exame confirmou que Roberta não era filha de Vilma, a mulher que a criou. Solucionou-se o mistério: Vilma sequestrou seus “filhos”. O exame de DNA, obtido sem o consentimento de Roberta foi contestado pela defesa, mas julgado válido pelos Tribunais. (CUNHA, 2016)

A colação acima serve para ofertar o ponto de partida para que as argumentações pró e contras os preceitos introduzidos pela Lei 12.654 do ano de 2012.

#### **3.2 Posicionamentos favoráveis**

Para os defensores do diploma, não há dúvidas de que a Lei 12.654/12 no nosso ordenamento jurídico, com o seu êxito absoluto é um grande e significativo avanço para a Justiça brasileira, por trazer para o rol investigativo o banco de dados de perfis genéticos com o objetivo de chegar a “verdade real”.

Os argumentos favoráveis a essa norma defendem que não há inconstitucionalidade perante as garantias fundamentais e os princípios processuais penais, pois seria uma via de “mão dupla” tanto garantiria a inocência de alguns, como faria justiça às vítimas, além de que o direito de não produzir prova contra si mesmo e a presunção de inocência podem ser utilizados como garantia do acusado, porém não como um subterfúgio para novos delitos (FELLER, 2012).

Existem jurisprudências acerca da aplicabilidade dessa lei. Nesta direção, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu seu proveito:

AGRAVO EM EXECUÇÃO - DIREITO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO - LIMITES - DECISÃO DE RETRATAÇÃO EM CONFORMIDADE COM A LEI 12.654/12 - RESPEITO AO ART. 5º, INCISO LVIII DO CF - RECURSO IMPROVIDO.

1. Não há de se falar em desrespeito ao inciso LVIII do art. 5º da Constituição Federal quando a decisão proferida pelo Magistrado Primevo se deu com base em hipótese prevista em lei.
2. Existem limites até mesmo para os princípios constitucionais, quando estes se encontram em colisão com outras garantias constitucionais. Neste sentido, o princípio constitucional da não auto-incriminação pode ser flexibilizado frente à garantia da segurança pública e individual, também previstas constitucionalmente.
3. Negado provimento ao recurso.

Como dito no agravo acima, até mesmo os princípios constitucionais apresentam limites, sendo assim, a segurança pública sobrepõe a segurança individual. São dois princípios que colidem (a garantia de segurança pública e a não autoincriminação) demonstrando que o bem público sobressai com a justificativa de manter a ordem. Ademais, a identificação genética é uma etapa da identificação criminal que tem o intuito de identificar o verdadeiro autor do delito para poder assim puni-lo, e também descartar aqueles que são inocentes.

As correntes favoráveis atentam-se ao fato de que, a identificação genética seria só mais uma dentre as identificações criminais, sendo que todas elas podem ser realizadas contra a vontade do acusado e isso não as torna inconstitucional. Assim, a utilização do banco de dados genéticos ajudará na identificação dos infratores penais e, por conseguinte a sua punição devida, livrando àquele que foi indiciado injustamente (GRECO, 2013).

O destaque também se dá ao ser contestada a tese que muitos juristas têm defendido que o material coletado servirá como produção de prova contra si mesmo. Os defensores da lei afirmam que o fornecimento obrigatório acontecerá se o acusado for condenado, e então ficará para sempre identificável para ser utilizado em crimes futuros. Ademais, o material genético ficará restrito aos casos autorizados, sua forma de coleta não será invasiva e ainda não será

revelado traços somáticos, obedecendo então aos princípios da proteção da informação genética, da dignidade humana e do direito a intimidade (FELLER, 2012; MARTIN, 2013).

Greco (2016) traz que as novas tecnologias, como a utilização do banco de dados, têm ajudado a fazer justiça e manter aqueles injustiçados fora da prisão, ocasionando assim que os estabelecimentos prisionais fiquem menos avolumados. Além disso, a tecnologia possibilita que a precisão das provas produzidas traz uma maior segurança para proferir uma decisão.

O STF julgou procedente a Reclamação (RCL) 24484 que foi ajuizada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como vincula a notícia do STF (05-07-2016) “Cassada decisão que considera inconstitucional coleta de dados genéticos de condenados por crimes graves contra pessoa”:

A ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal (STF), julgou procedente a Reclamação (RCL) 24484, ajuizada pelo Ministério Público de Minas Gerais contra acórdão da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) que, em julgamento de recurso em execução penal, reformou decisão de juiz de primeira instância determinando a coleta de material genético de uma ré para fins de elaboração de seu perfil genético. A relatora observou que a decisão do TJ-MG, sob o entendimento de que haveria ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da não autoincriminação, descumpriu a Súmula Vinculante 10, do STF, que proíbe órgãos fracionários de tribunais de afastarem, no todo ou em parte, a incidência de lei ou ato normativo do poder público sob alegação de inconstitucionalidade.

De acordo com os autos, atendendo a pedido do Ministério Público estadual, o juízo de primeiro grau determinou que a ré, condenada a 12 anos de reclusão por homicídio qualificado, fornecesse material genético para abastecer banco de dados genético sigiloso com o objetivo de contribuir com a identificação de autoria de crimes semelhantes. A decisão foi fundamentada com base no artigo 9-A da Lei de Execuções Penais (Lei 7210/1984), que prevê a identificação do perfil genético dos condenados por crime doloso, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por crimes considerados hediondos.

Em análise de recurso interposto pela Defensoria Pública estadual em favor da ré, o TJ-MG reformou a decisão sob o entendimento de que a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, seria inviável, “sob pena de violação de direitos constitucionais da sentenciada”. O acórdão afirma que a constitucionalidade do artigo 9-A da LEP, introduzido pela Lei 12.654/12, seria duvidosa e que a coleta ofenderia os princípios constitucionais da presunção de inocência e da não autoincriminação.

Ao julgar procedente a reclamação e determinar que seja realizado novo julgamento pelo órgão especial competente, a relatora ressaltou que a jurisprudência do STF considera como declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem explicitar – afaste a incidência da norma ordinária para decidir sob critérios alegadamente extraídos da Constituição.

Igualmente, Nacif (apud SCRIBONI, 2012) afirma não ser inconstitucional a matéria, com base no art. 60 da Lei de Contravenções Penais, a qual prevê que é contravenção punível com multa quem: “recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência”, somado ao fato que a identificação do acusado faz parte da segurança pública,

sendo um direito do Estado sabê-la, e o banco de dados seria só mais uma forma de identificação, como a impressão digital que serviria tanto para identificar um acusado ou um inocente.

A favor da lei o promotor de justiça de Minas Gerais André Luís Alves de Melo e o criminalista Thiago Gomes Anastácio (apud, SCRIBONI, 2012) defende que o banco já foi criado em vários países e não foi visto como uma afronta aos princípios, mas, pelo contrário, é uma proteção para sociedade dos criminosos, e o DNA coletado serviria para uma eventual elucidação em caso de reincidência, uma vez que não é possível produzir prova contra si mesmo em um delito futuro.

### 3.3 Posicionamentos Contrários

Os posicionamentos contrários à Lei 12.654/2012 confrontam os princípios fundamentais, principalmente os retro apresentados ampla defesa, presunção de inocência e o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Essa lei sofreu muitas críticas desde seu Projeto até os tempos atuais, os quais os principais pontos serão abordados a seguir.

A tese que ataca a lei em estudo entende que a notícia vinculada pelo STF (27-062016) a respeito de análise da constitucionalidade da lei, “STF vai analisar constitucionalidade de banco de dados com material genético de condenados” é forte indício de que a Suprema Corte irá se posicionar contra a obrigatoriedade da identificação genética no âmbito criminal, tendo em vista o reconhecimento da Repercussão Geral – o que denota a relevância do tema.

Nesta esteira, segundo noticiou informativo do STF:

O Supremo Tribunal Federal (STF) vai decidir se é constitucional a coleta de DNA de condenados por crimes violentos ou hediondos com o objetivo de manter banco de dados estatal com material genético. A matéria, objeto do Recurso Extraordinário (RE) 973837, teve repercussão geral reconhecida, por unanimidade, pelo Plenário Virtual da Corte.

A norma questionada (Lei 12.654/2012) introduziu o artigo 9º-A à Lei de Execução Penal e instituiu a criação de banco de dados com perfil genético a partir da extração obrigatória de DNA de criminosos condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos. No recurso contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a defesa de um condenado alega que a medida questionada viola o princípio constitucional da não autoincriminação e o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Em sua manifestação, o relator do caso, ministro Gilmar Mendes, frisou que os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, traçar seu perfil genético, armazená-los em bancos de dados e fazer uso dessas

informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Ele citou casos julgados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos segundo os quais as informações genéticas encontram proteção jurídica na inviolabilidade da vida privada. No caso brasileiro, explicou o ministro, a Lei 12.654/2012 introduziu a coleta de material biológico em duas situações: na identificação criminal e na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos. Na primeira, a medida deve ser determinada pelo juiz, que avaliará se é essencial para as investigações, e os dados podem ser eliminados no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito cometido. Já os dados dos condenados devem ser coletados como consequência da condenação, sem previsão para a eliminação do perfil. Em ambos os casos, os perfis são armazenados em bancos de dados e podem ser usados para instruir investigações criminais e para identificação de pessoas desaparecidas. Por considerar a que a questão constitucional tem relevância jurídica e social, o relator se manifestou no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral na matéria. A decisão do Plenário Virtual foi unânime.

Com o reconhecimento da repercussão geral, a decisão a ser tomada pelo STF quanto ao mérito do recurso deverá ser aplicada aos casos análogos que, até o trâmite final do RE, ficarão sobrestados nas demais instâncias.

A respeito da Repercussão Geral que o Ministro Gilmar Mendes é relator, temos que foi reconhecida tal, sendo assim para o Tribunal Pleno existe uma possível violação do direito a não autoincriminação, como é citado na ementa da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário:

Repercussão geral. Recurso extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se incriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida. (RE 973837 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016 ). (BRASIL, 2016).

O ponto principal destacado pelos opositores da norma em exame é que o acusado não pode ser obrigado a contribuir para produção de provas e a lei delimita que deve ser coletado o material genético mesmo sem seu consentimento. O ônus da prova é da acusação, o que contrapõe com a cooperação do investigado para sua produção, conforme Lima (2013) leciona: “afinal, não se pode impor ao investigado que contribua ativamente com as investigações, sobretudo mediante o fornecimento do material biológico que possa vir a incriminá-lo em ulterior exame de DNA.”

Porém, é divergente nos casos que o material genético é encontrado na cena do crime, nas vestes da vítima ou do suspeito, dado que não houve uma obrigação para o fornecimento, e essa compulsoriedade que configura a violação à dignidade humana, à intimidade, à liberdade, à integridade física e moral e a auto-incriminação (LOPES JR., 2014).

Nesse aspecto da obrigatoriedade do investigado ceder o seu material genético deve-se atentar a forma que será coletada, pois independente disso, o não consentimento intervirá na autoincriminação, uma vez que há amostras no banco de dados para persecução criminal o direito ao silêncio e a presunção de inocência já estará prejudicada. Assim André Nicollit acrescenta (2013, p.15-16 ):

Ocorre que a obrigatoriedade à submissão de coleta de material biológico corresponde à obrigação de submissão a uma intervenção corporal, ainda que não invasiva. Tal fato se traduz, inevitavelmente, em uma pena corporal há muito banida do Direito Penal. Ora, se a pena principal não pode ser corporal, não podem os efeitos secundários dela incidirem sobre o corpo do condenado, diz-se, inclusive, que, ‘o acessório acompanha o principal’.

Se o acusado/apenado nega-se a oferecer seu DNA, sob a ótica discutida, não estaria descumprindo a nenhuma lei, visto que o direito ao silêncio deriva do *Nemo tenetur se detegere*, o qual faz parte da autodefesa e juntamente com a defesa técnica formam o direito à ampla defesa, ou seja, esse comportamento não pode ser idealizado como desfavorável, afinal ele está exercendo seu direito de presunção de inocência e direito ao silêncio (QUEIJO, 2003).

As inconstitucionalidades não sanam somente em relação aos princípios fundamentais, mas também no processo para autorização da identificação, como aponta André Nicollit (2013, p. 15-16): “A primeira inconstitucionalidade desta dinâmica reside no fato de que a autorização para o juiz agir de ofício no interesse da investigação o transforma em investigador, usurpando a função do delegado de polícia, violando o sistema acusatório”.

Para Vinícius Gomes de Vasconcellos (2012, p.4) o que pondera a lei não é suficiente, sendo assim poderão ser seguidos alguns pressupostos para limitar e legitimar a utilização do material genético, são eles: 1) imprescindibilidade para a investigação; 2) subsidiariedade da medida; 3) presença de indícios razoáveis; 4) proporcionalidade; e, 5) decisão judicial especificamente motivada.

Ao estabelecer um paralelo de comparação com outros países, vemos o quanto o Brasil está distante de uma realidade de total eficácia para a referida lei. Além de todas as falhas inconstitucionais existentes, há de se falar também no funcionamento desse banco e na proteção do indivíduo que forneceu.

Sob essa perspectiva Thiago Ruiz (2013, p. 3-4) nos traz que em 2010 houve a criação de uma estrutura de relacionamento entre os laboratórios que mantêm os perfis genéticos, e é chamada de Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, a qual utiliza o *software* Codis que foi desenvolvido pelo FBI. E somente em 2012 foi criada a previsão legal para utilização de dados genéticos nas investigações, contudo impõe-se que deve ser coordenado por uma unidade oficial de perícia criminal, sem ser vinculado com os laboratórios particulares. Uma vez que, a redação do art.16 da Declaração de Dados genéticos da Unesco, de 2004 dispõe que os dados genéticos “não deverão ser utilizados para uma finalidade diferente incompatível com o consentimento dado originalmente”.

À vista disso, existe a problemática que a Lei 12.654/2012 não determina essa delimitação entre os bancos particulares e os oficiais de perícias criminais. Ruiz (2013, p.3-4) sustenta que:

[...] a nova lei é vaga ao não trazer uma diretriz mínima a respeito da gestão desta base de dados, que ficará a cargo da regulamentação. Sem embargo, seria de extrema importância se a lei dispusesse com pormenores a gestão do banco de dados, isto é, na prática, por quem e como estes dados serão administrados. Deve-se pontuar não somente quem poderá autorizar e ser autorizado a ter acesso à constituição genética de uma pessoa, mas como funcionará o armazenamento desses dados.

No ano de 1995 foi criada a primeira base de dados de DNA, na Inglaterra, a qual possui atualmente 7 milhões de registros. Segundo Nicolitt (2013, p. 15-16), essa criação foi precedida por inúmeras discussões pela Europa, no entanto no Brasil não houve nenhum debate público e democrático sobre tal, assim os vícios de inconstitucionalidades não poderiam ser diferentes, como evidencia Norma Sueli Bonaccorso (apud RITTER, 2015, p.9), “a Lei 12.654/12 como um exemplo de aprovação, no mínimo, prematura e apressada da legislação, sem o devido aprofundamento das discussões jurídicas afetadas”. Nicollit (2013, p. 15-16) acrescenta ainda que, “Note-se que por meio da base de dados do Reino Unido (UK NDNAD) a probabilidade de um perfil obtido na cena de um crime ser confrontado com um perfil já existente na base de dados é de 45%, porém, em menos de 1% dos casos há sucesso em relação aos crimes apurados”.

Não obstante, os problemas não cessam apenas na possível falta de eficácia, há também a questão da discriminação de negros e minorias étnicas que essa lei acarretaria, dado que na Inglaterra existe uma seletividade, dentre quatro jovens negros três possuem registros no banco de dados, o que não seria diferente no Brasil, pois o mesmo está marcado por uma seletividade penal, sendo que a maior parte carcerária é negra (NICOLITT, 2013, p.15-16)

Ademais, o exame de DNA possui uma garantia maior de prova, porém não é absoluta, já que a prova coletada em determinada cena de crime ou na vítima pertence a um determinado



sujeito, e somente isso não prova sua autoria do delito. Somado a isso, há possibilidade desse material genético coletado sofrer modificações ou ser manipulado, e isso gera dúvida para interpretação. Por esse mérito, Lopes Jr (2012, p.5-6) salienta:

Pode, ainda, ser estabelecida uma discussão sobre a validação científica dos métodos da análise, ou seja, discutir a validade dos testes a partir da natureza das amostras biológicas utilizadas, por exemplo. Não raras vezes, as amostras são encontradas em superfícies não estéreis, podendo sofrer danos após o contato com a luz solar, microrganismos e solventes. Isso pode levar a equívocos na interpretação. Outro ponto fundamental, é discutir o nexo causal, ou seja, como aquele material genético foi parar ali e até que ponto pode o réu ser responsabilizado penalmente pelo resultado pelo simples fato de ter estado com a vítima, por exemplo.

Outro aspecto a ser considerado é a possibilidade de manipulação desta prova, não apenas no sentido mais simples, de falhas na cadeia de custódia da prova, laudos falsos, enxerto de provas, etc., mas também na possibilidade de fraudar o próprio DNA. O conhecido periódico *The New York Times* noticiou que *'cientistas israelenses divulgam em artigo a possibilidade de introduzir, com certa facilidade, em uma amostra qualquer de sangue ou saliva, o código genético de qualquer pessoa a cujo perfil de DNase tenha acesso – sem que seja sequer necessário possuir uma amostra de seu material genético. A notícia é bastante relevante no sentido de minar a infalibilidade com que são tratadas as evidências a provas baseadas em testes genéticos a partir dos procedimentos usuais de perícia forense. E, ainda, as novas possibilidades de fraude que se abrem com o recurso à esta técnica podem aumentar os riscos potenciais do manejo de informação genética, com reflexos claros para a atual tendência à compilação de gigantescos bancos de dados genéticos'*.

Em suma, é perspicaz que a lei representa um avanço na persecução criminal, e se faz necessária para evolução da legislação por meio da tecnologia. O julgador terá uma melhor convicção por meio do exame de DNA, entretanto deve ser ressaltado que tal ferramenta é só mais umas das inúmeras provas admitidas pelo Sistema Processual Penal (LOPES JR., 2012, p. 5-6).

No entanto, mesmo que a lei signifique um progresso para o Direito, Como Sabadell (apud NICOLITT, 2013, p.15-16) “não podemos nos cegar e fascinar com as ‘modernas’ tecnologias, olvidando os fatos de que a tortura também já foi considerada um grande avanço tecnológico e até mesmo um instrumento “garantista””.

Destarte, ante a exposição de seus opositores, contempla-se uma legislação precipitada desprovida de uma ponderação crítica e discussão democrática. E no quesito constitucionalidade, não passa ilesa em relação aos princípios e garantias fundamentais (NICOLITT, 2013, p. 15-16) Por fim, sob a ótica de Ruiz (2013, p.3-4) “a sociedade hodierna, do homem transparente, mais uma vez, em nome do interesse público, franqueou-se o direito à intimidade, desnudou-se a constituição do indivíduo e ratificou-se a seleção dos ‘inimigos’ do Estado, que agora também são *estigmatizados* por meio de suas informações genéticas”.

## CONCLUSÃO

O trabalho analisou a Lei 12.654/12 que preconiza a obrigatoriedade da coleta de material genético, e, sob o prisma da ampla defesa e do contraditório, da presunção de inocência e do direito de não produzir prova contra si mesmo, apresentou os posicionamentos favoráveis e contrários à sua aplicação no país.

A partir do estudo empreendido é prudente dizer que o dispositivo inserido pela norma examinada é visto como um avanço para o Sistema Penal e Processual Penal Brasileiro, pois traz inovações tecnológicas para dentro das investigações criminais, resultando assim em julgamentos axiomáticos. Porém, referida lei não está restrita apenas aos contornos técnicos, devendo também se ater às balizas previstas constitucionalmente para sua aplicação, no caso os princípios constitucionais processuais penais.

Em relação aos princípios elencados no art. 5º da Constituição Federal e os Tratados Internacionais as posições se divergem, havendo certa razão àqueles que são favoráveis, por acreditarem que não houve desacato à Carta Magna em função do caráter não absoluto dos preceitos fundamentais, e, em igual sentido, assiste razão às posições contrárias, pela demonstração da violação de direitos e garantias processuais penais.

Nesta esteira, diante do que foi elucidado nas linhas pregressas, aduz-se que a Lei 12.654/2012 necessita de uma reformulação para que possa ser considerada constitucional em sua plenitude e para que goze de eficácia no ordenamento jurídico brasileiro, visto que na forma que se encontra a letra da lei existem falhas que refletem diretamente nas normas constitucionais e processuais, podendo ocasionar nulidades no processo e omissão das normas basilares do Direito.

Por derradeiro, a pesquisa firma posicionamento sobre o necessário balizamento constitucional das normas editadas no país, consolidando o entendimento de que deve prevalecer o denso respeito aos direitos e garantias dos cidadãos.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 973837 RG / MG. Repercussão geral no recurso extraordinário. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 23 jun. 2016. **DJe**, 11 out. 2016.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28BANCO+DE+DADOS+GEN%C9TICOS%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/jem2tu7>>.

Acesso em: 20 out. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.

CASARA, Rubens R. R. ; MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2013. V.1.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade?**. Disponível em:

<<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814909/lei-12654-12-identificacaogenetica-nova-inconstitucionalidade>>. Acesso em 30.out. 2016.

FELLER, Marcelo. Banco de DNA: O Brasil está preparado? **Consultor Jurídico**, 9 maio 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-09/marcelo-feller-banco-dnacondenados-brasil-preparado>. Acesso em: 01 set. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3 ed. rev. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GAVA, Gabrielle Gasperin. **A garantia da não autoincriminação frente à bioética e à garantia da não autoincriminação**. Monografia - Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

GRECO, Rogério. Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. **Revista Jurídica Consulex**, ano XVII, n. 389, p. 32-33, 1º de abril de 2013.

\_\_\_\_\_. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

LOPES JR, Aury. Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)?. **Boletim IBCCRIM**, ano 20, n. 236, p. 5-6, jul. 2012.

Disponível em:

<<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/primapdf.asp?codigoMidia=74912&iIndexSrv=1&nomeArquivo=60285.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.

MARTIN, Miguel Ângelo. **Análise da Lei 12.654/12**: uma abordagem a favor da identificação genética do réu. Disponível em:

<<http://miguelmartin.jusbrasil.com.br/artigos/173947664/analise-da-lei-12654-12-umaabordagem-a-favor-da-identificacao-genetica-do-reu>>. Acesso em: 20 set. 2016.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal: AGEPN 10024057930505001 MG. 1ª Câmara Criminal. Relatora: Kárin Emmerich, julgado em 07 set. 2015. **DJ**, 17 set. 2015. Disponível em:

<<http://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/209967725/agravo-em-execucao-penal-agenp10024057930505001-mg>>. Acesso em: 24 set. 2016.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos Direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria. São Paulo, SP: Ltr, 1997.

NICOLITT, André. Banco de dados de perfis genéticos (DNA). As inconstitucionalidades da lei 12.654/2012. **Boletim IBCCRIM**, ano 21, n. 245, p. 15-16, abr. 2013. Disponível em:

<<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/primapdf.asp?codigoMidia=87143&iIndexSrv=1&nomeArquivo=62902.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2016.

NICOLITT, André; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal – Lei 12.654/2012**. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2014.

OLIVEIRA, Alexandre Madureira de; NEPOMUCENO, Eduardo. **Lj02 67 – lei 12.654 de 28 de maio de 2012**: uma nova identificação criminal. Disponível em:

<<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=626>>. Acesso em: 24 set. 2016.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo, SP: Saraiva, 2003.

RITTER, Ruiz. A "politização" do direito penal à luz da lei 12.654/2012. **Boletim IBCCRIM**, ano 23, n. 267, p.9, fev. 2015. Disponível em:

<<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/primapdf.asp?codigoMidia=88115&iIndexSrv=1&nomeArquivo=67834.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2016.

RUIZ, Thiago. Banco de dados de perfis genéticos e identificação criminal: breve análise da Lei 12.654/2012. **Boletim IBCCRIM**, ano 21, n. 243, p.3-4, fev. 2013. Disponível em:

<<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/primapdf.asp?codigoMidia=76364&iIndexSrv=1&nomeArquivo=62367.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2016.

SCRIBONI, Marília. Constitucionalidade de banco de DNA gera discussão. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-06/criminalistas-divergemconstitucionalidade-banco-dna>>. Acesso em: 02 set. 2016.

STF, Notícias. **Cassada decisão que considera inconstitucional coleta de dados genéticos de condenados por crimes graves contra pessoa**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=320393&caixaBusca=N>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **STF vai analisar constitucionalidade de banco de dados com material genético de condenados.** Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319797>>. Acesso em:  
20 ago. 2016.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Dados genéticos no processo penal:** tentando traçar limitações às hipóteses da lei 12.654/12. Disponível em:  
<<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/13.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.